

tos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

Diante do panorama traçado, podemos finalizar, asseverando que a prática do *drawback* é de fundamental importância para um País que almeja alavancar a capacitação tecnológica, importando-se assim matéria-prima e exportando-se o produto final com tecnologia de ponta, e por via consequencial, gerando emprego, e conduzindo a nação para um desenvolvimento equalizado e sustentável.

Novo Entendimento do STF em Face da Súmula 609

Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses*

O colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.571/DF, ajuizada pelo procurador-geral da República em face do art. 83, *caput*, da Lei 9.430/96, veio a firmar entendimento pela constitucionalidade da norma impugnada.

Referido dispositivo legal determina às autoridades administrativas o encaminhamento de representação ao Ministério Público, quando do término do procedimento administrativo-fiscal.

Naquela demanda, de controle concentrado de constitucionalidade, o requerente alegou que tal disposição infringe a Constituição da República, por restringir a atuação do Ministério Público, na medida em que lhe impõe a dependência da representação fiscal para que possa oferecer denúncia em juízo.

A decisão, por sua vez, fundamenta-se no fato de que a norma impugnada não se dirige ao Ministério Público, mas sim à autoridade administrativa, impondo-lhe a obrigação de prestar informação àquele órgão quando do término do procedimento fiscal, para os fins cabíveis. Dessa forma, entendeu a Corte Suprema que, tendo o Ministério Público outras provas aptas a ensejar o oferecimento da denúncia, nada obsta que o faça, conforme dispõe a jurisprudência sumulada do STF, *verbis*:

Súmula 609 STF – É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Essa súmula, contudo, não pode oferecer azo a absurdos no ajuizamento de demandas criminais pelo Ministério Público. Assim, é que o próprio STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 81.611/DF, ocorrido em 10/12/03, que teve como

* Advogada da União em Belo Horizonte/MG. Bacharela em Direito pela UFPI. Pós-graduada em Direito Processual pela UFSC.

Relator o Min. Sepúlveda Pertence, proferiu a seguinte decisão:

Nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma *condição objetiva de punibilidade*, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a *constituição definitiva do lançamento*, fica sem curso o prazo prescricional. (*in Informativo do STF* 333, p. 2) – destacou-se.

Referido julgamento foi *publicado recentemente* no *Diário da Justiça da União* de 13/05/05, com a seguinte ementa:

Ementa: I. Crime material contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADIMC 1.571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Seguindo essa mesma compreensão, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim decidiu:

É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal (Súmula 609 – STF). Entretanto, sendo a existência da exigibilidade do tributo questão prejudicial ao processo penal, se o contribuinte impugna a própria materialidade da infração que lhe foi imputada, é conveniente que *não se inicie, ou que se tranque a ação penal, se já proposta, até que se resolva, na esfera fiscal, a questão tributária*, tanto mais que a supressão ou redução do tributo devido, nos crimes tributários, constituem elementares do tipo.

(...) (HC 2003.01.00.030496-0/PA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, 3ª T, dec. unânime, 03/03/04) – destacou-se.

Idêntico posicionamento adota o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

1 – (...)

2 – (...)

3 – A conclusão do procedimento administrativo fiscal não é condição de procedibilidade das ações penais instauradas por crime contra a ordem tributária. Todavia, a procedibilidade autônoma, que diz respeito ao curso procedimental, não se confunde com condenação autônoma, visto que, se inexistir a conformação legal e material do tributo, não poderá haver crime de sonegação fiscal de obrigação tributária não nascida ou crédito pertinente excluído, ou seja, *não se pode admitir a condenação em processo criminal pela prática de qualquer um dos delitos tipificados no art. 1.º da Lei 8.136/90 antes da confirmação da efetiva ocorrência de sonegação fiscal*, que é o objeto material dos tipos e deve ser apurada em procedimento administrativo fiscal onde se proporcione direito de defesa ao contribuinte;

4 – *O recurso administrativo é questão prejudicial heterogênea, condicionante do reconhecimento ou não do tipo penal imputado ao paciente.* Nessa ordem de idéias, ao fazer o inciso I do art. 116 do Estatuto Repressivo referência à figura do processo, quer dizer que, no hodierno contexto constitucional, deve ser o termo entendido como abrangente do processo judicial e administrativo, a teor do art. 5º, LV, da Carta Magna, admitindo-se, portanto, que possa o processo administrativo em curso ter o condão de gerar a suspensão da prescrição penal.

5 – (...)

6 – (...)

7 – Ordem parcialmente concedida para determinar o sobrestamento da ação penal bem como da respectiva prescrição, até que seja ultimado o procedimento administrativo fiscal, resguardando-se ao Juízo a livre apreciação de todo o procedimento quando do prosseguimento da ação penal. (HC 1999.02.01.058430-7/RJ, 4ª T, Rel. Des. Federal Rogério Vieira de Carvalho, j. em 26/09/00).

Deveras, esse entendimento prestigia o direito do contribuinte que, tendo impugnado a materialidade do auto de infração contra ele lavrado, venha a obter, primeiramente, uma decisão final quanto ao mesmo, ainda em sede administrativa.

Descabe, por outra face, afirmar que as instâncias penal e administrativa são independentes, porque, apesar de efetivamente o serem, em casos que envolvem os mesmos fatos, de forma direta, essa independência fica mitigada, a fim de se evitar que haja uma decisão criminal apenando o réu e uma decisão administrativa tornando sem efeito o auto de infração.

Com propriedade, observa Luiz Flávio Gomes:

Afigura-se mais do que justa e equilibrada, em síntese, a regra de que, nas hipóteses assinaladas, unicamente depois de constituído de modo *definitivo* o tributo *devido* é que se possa iniciar o processo criminal. É uma questão de coerência e de segurança jurídicas. Mesmo porque, dentro do sistema hoje vigente, como o Ministério Público, com apoio na jurisprudência majoritária da Corte Suprema (ADI 1.571), tem oferecido denúncia *antes* de se concluir o processo administrativo, pode ocorrer o absurdo de se chegar a uma condenação penal e concomitantemente reconhecer-se a inexistência ou inexigibilidade do tributo. Isso muito se assemelha, como pondera Ives Gandra, à condenação de alguém por homicídio consumado quando a vítima está presente assistindo ao julgamento pelo Tribunal do Júri. (*in Crimes Previdenciários*, série As Ciências Criminais no Século XXI, São Paulo, RT, 2001, v. 1, p. 101).

Assim, resta evidente que o Ministério Público não está proibido de oferecer denúncia. Contudo, acaso ajuizada antes do término do procedimento administrativo-fiscal, faltar-lhe-á *condição objetiva de punibilidade*, devendo a ação ter seu curso obstado, até que se profira decisão administrativa definitiva quanto à prática da infração fiscal, sem prejuízo de que o feito criminal venha a ter prosseguimento ou seja ajuizado posteriormente.

Deve-se ressaltar, ainda, que, mesmo considerando a possibilidade de se rescindir eventual sentença criminal proferida, ter-se-ia utilizado o órgão judicante desnecessariamente.

Revela-se, pois, procedente a crítica formulada por José Alves Paulino:

Os juízes de primeira, segunda, terceira e quarta instâncias ainda não se deram conta do exame da interação e da intercomunicabilidade do processo fiscal com o penal, ficaram inertes ou então foi mais cômodo para todos acolherem o jargão de que “as instâncias administrativas e penais são independentes e autônomas”, princípio este geral, não se atendo à exceção importante da prejudicialidade do processo penal. (*in Crimes contra a Ordem Tributária*, 2ª ed., Brasília, Projecto Editorial, 2002, p. 124)

Esse entendimento, em última análise, retira do Judiciário – sempre tão asoberbado de processos – causas fadadas ao insucesso, viabilizando, com isso, uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz.

